

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE  
E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Ruy Barbosa Nogueira  
Catedrático de Direito Tributário,  
Professor de Direito Tributário  
Comparado e Presidente do IBDT/USP

1. Qual a razão de a Constituição Federal vedar ao legislador ordinário instituir "imposto" sobre certas instituições, como as de assistência social ?
2. Natureza e finalidade das entidades de previdência privada fechada, como espécie de instituição de assistência social complementar da previdência estatal, cujas rendas são destinadas ao custeio dos benefícios aos assistidos, no interesse supremo da paz social.
3. O imposto é "captação de riqueza" em função da capacidade econômica ou contributiva.
4. As entidades assistenciais não têm capacidade contributiva.

5. A questão no campo do Direito Tributário Comparado.
6. A imunidade prevista no art. 19, III, c da vigente Constituição e ós requisitos já previstos pelo art. 14 do CTN.
7. Os conceitos constitucionais e complementares não podem ser alterados por lei ordinária.
8. No caso, o conceito de IMUNIDADE, de nível constitucional, foi inconstitucionalmente alterado por decreto-lei, para o de ISENÇÃO, para efeito de fraudar a limitação da competência impositiva.
9. Cabimento de Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, contra a cobrança ilegítima de imposto de renda na fonte.

## C O N S U L T A

A Consulente é uma instituição de assistência social, constituída nos termos da Lei nº 6.435, de 15.07.77, que dispõe sobre as entidades de previdência privada e da regulamentação baixada pelo Decreto nº 81.240, de 20.01.78, que regulamenta as disposições dessa Lei relativas às entidades fechadas de previdência privada.

Não são por sua natureza, finalidade e conteúdo de seus benefícios, cujas disposições estatutárias estão em conformidade com essa legislação, esta é a qualificação jurídica desta entidade, mas em decorrência do procedimento administrativo do art. 6º do Decreto nº 81.240/78 foi como tal reconhecida, declarada e autorizada a funcionar, como vem funcionando, por Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social, cujos estatutos que anexamos foram previamente aprovados pelo Sr. Ministro (§ 2º do citado art. 6º).

Assim sendo, nos termos do art.19, III, c da Constituição Federal e observados os requisitos do art.14 do CTN que

é a lei de caráter complementar referida nessa mesma letra "c" da Constituição, esta entidade é IMUNE a impostos que pudessem ser "instituídos" sobre o seu patrimônio, renda ou serviços.

Acontece, entretanto, que afrontando as disposições literais dos citados art.19, III c da Constituição Federal e do art. 14 do CTN, o Decreto-lei nº 2.065 de 26.10.83, por seu artigo 6º, pretende alterar essa IMUNIDADE, que é categoria privativa da Constituição, em simples ISENÇÃO e instituir imposto na fonte, sobre dividendos, juros e demais rendimentos das entidades de assistência social que são as de previdência privada fechada, referidas no art.4º da citada Lei nº 6.435/77.

À vista de todo o exposto, vimos solicitar estudo de V.Exa. sobre essa problemática para, de acordo com sua convicção jurídica, responder aos quesitos anexos.

São Paulo, 14 de fevereiro de 1984

## P A R E C E R

### Introdução

PORQUÊ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL VEDA AO  
LEGISLADOR ORDINÁRIO INSTITUIR "IMPOS  
TO" SOBRE CERTAS INSTITUIÇÕES, COMO  
AS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

I - A razão é óbvia.

Observe-se desde logo que não veda a instituição de "taxa" que é contra-prestacional ou de "contribuição de melhoria" que é indenizatória, mas somente da espécie de tributo chamada "imposto", porque este é apenas uma captação de riqueza das pessoas físicas ou jurídicas com capacidade econômico-contribu  
tiva.

O "imposto" é, dentre todos os tributos o mais oneroso, precisamente por ser uma participação ou captação de parte da riqueza particular, sem vinculação a qualquer contraprestação direta por parte do Estado.

Sobretudo na mais avançada

literatura alemã, os autores salientam que "toda imposição (Besteuerung) constitui uma intervenção econômica no patrimônio dos cidadãos" (vide Introdução ao Dicionário do Direito Tributário e das Ciências Fiscais - Handwörterbuch des Steurrechts und der Steuerwissenschaften, Editora Beck, Munique, 1972, vol. 10, pág. IX Dicionário este "primus sine paribus" da literatura jurídico-tributária mundial).

Neste sentido também já foi mesmo demonstrado que o "imposto" é uma interferência mais gravosa do que a própria "desapropriação", pois retira parte do patrimônio, sem "indenização" correspondente.

Tão reconhecida é a gravidade do "imposto" em confronto com o da "taxa" ou a da "contribuição de melhoria", que o CTN reconhece ser, em muitos casos, necessário o alívio do imposto, e, por isso já dispôs como orientação ao legislador tributário:

*Art.177 - Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva:*

*I - às taxas e às contribuições de melhoria.*

Tão contraditório e absurdo seria dentro do sistema constitucional e legal, o Estado apropriar-se de parte do patrimônio ou das rendas das entidades previdenciárias, que o Constituinte vedou, sobre tais patrimônios, rendas ou serviços a própria instituição de impostos, por meio da IMUNIDADE.

Com efeito.

Se a legislação orgânica das instituições de assistência social impõe como espinha dorsal destas, não terem finalidade de lucrativa, mas única e exclusivamente aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais, de fato e de direito elas não tem nenhuma capacidade econômico-contributiva que é o pressuposto necessário para a imponibilidade.

Tais instituições não são entidades econômicas, não visam enriquecimento. Sua finalidade não é econômica mas somente assistencial, de complementação da própria assistência social do Estado. Exercem uma função de auxílio ou coadjuvante às do Estado. Assim como o Estado não institui imposto, nem pode instituir, sobre as rendas do INPS em razão da

IMUNIDADE recíproca, também o não pode quanto às rendas dessas entidades em razão da IMUNIDADE que a estas também é outorgada.

II - Tratando especificamente da Previdência Social Privada na 2a. edição de 1983 de seu clássico Curso de Previdência Social (edição Forense), o ilustre Magistrado e Professor Ministro Mozart Victor Russomano dedica, àquela, todo o capítulo XXX, onde acentua:

*"A insuficiência do sistema previdencial brasileiro é reconhecida por aqueles que têm a responsabilidade de conduzir o País aos seus destinos históricos."*

...

*"Não se trata, por outro turno, de uma deficiência própria da nossa organização social. É antes, característica de todas as nações em desenvolvimento e, mais fortemente, ainda, das nações subdesenvolvidas."*

...

*Parece-nos que nesse ponto reside a justa colocação histórica dos sistemas de Previdência Social Pri*



vada. Sendo de interesse público (grifo do original), essas instituições particulares estão à margem das organizações oficiais e procuram preencher lacunas ou ampliar benefícios, mediante seguros especiais. Nesse sentido contribuem para o maior índice de tranquilidade e aperfeiçoamento social.

Posta a questão nesses termos, acentuamos, expressamente, o relevante papel comunitário dessas entidades de natureza privada (págs. 448 e 451)."

III - Aliomar Baleeiro, em seu clássico livro Direito Tributário Brasileiro, 10a. edição Forense, Rio, 1981, pág. 108, comentando especificamente o art. 14 do CTN, esclarece:

"ALCANCE DA IMUNIDADE - O sistema tributário nacional repousa no pressuposto democrático da capacidade econômica... Isso está implícito no sistema atual e inspira alguns dispositivos constitucionais.

...as instituições...de assistência social, como auxiliares de serviços públicos, não têm capacidade econômica para pagar impostos. Não visam os lucros ou a remuneração dos indivíduos que os promovem ou mantêm.

A IMUNIDADE, ...deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades... (grifos da transcrição)."

ACÓRDÃO UNÂNIME DO STF, JÁ PASSADO EM JULGADO, DECIDINDO QUE A INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA PREVIDENCIÁRIA PRIVADA FECHADA ESTÁ INCLUÍDA NESTA IMUNIDADE.

É sobejamente conhecido que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu e decidiu definitivamente que essa entidade de previdência privada fechada está, por sua natureza orgânica e finalidades, dentro da IMUNIDA

DE constitucional, em relação aos impostos, nos termos da letra c, III, art. 19 da Constituição e art.14 do CTN, como instituição de assistência social que é (Acórdão no R.E. nº 70.834 publicado na RTJ vol. 65/145). Confirmando esta sua decisão paradigma, vide ainda o acórdão, igualmente unânime, do STF, R.E. 89.012-SP, publicado na RTJ 87 págs. 684 e 688.

IV - Ora, que é o Economus Instituto de Seguridade Social ?

Art.1º - Sociedade Civil instituída pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A, é pessoa jurídica de direito privado, de fins previdenciais e assistenciais, não lucrativos, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira.

Art.3º - A natureza do ECONOMUS não poderá ser alterada, nem suprimidos os seus objetivos primordiais.

Parágrafo único: entende-se por objetivos primordiais a suplementação das prestações asseguradas pela Previdência Social (INPS), nos

*termos deste Estatuto e da Regulamentação Básica.*

Enfim, todos os dispositivos de seu Estatuto e Regulamentação básica não são estão dentro dos termos da letra "c", III do art.19 da Constituição e atendem a todos os requisitos do art.14 do CTN, como nos termos da legislação de regência (art.37 da Lei 6435/77 e art. 6o do Decreto no 81.240/78), seu estatuto foi previamente submetido ã aprovação do Ministro da Previdência e Assistência Social e concedida autorização para seu funcionamento, mediante Portaria Ministerial.

Em razão de todo esse procedimento administrativo, culminado com o ato de aprovação e autorização para funcionar, é que nasceu e sob fiscalização existe e opera na qualificação de sociedade civil com o objetivo de instituir, como instituiu, planos privados de concessão de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social (art. 1o do Decreto no 81.240/78).

V - Uma instituição de assistência social como esta, paralela ao Estado, quase-pública, cuja existência e funcionamento

é cada vez mais imprescindível para que o Estado possa cumprir a sua missão fundamental de promover o bem comum prioritário, que é a PAZ SOCIAL, poderia ser, de um lado conclamada pelo Estado, órgão político da nação, e de outro impedido ou destruído pelo Fisco, por meio do ônus ou penalização de impostos ?

Pior ainda, contra a vedação constitucional, serem CONFISCADOS os seus rendimentos unicamente destinados à cobertura dos benefícios ?

#### A "RATIO ESSENDI" DA IMUNIDADE

VI - Já o grande Seligman, nos EE.UU., tratando precisamente de explicar a razão dessa imunidade assegurada a tais instituições, como estas de assistência social, em várias de suas obras que mereceram traduções e repercussões na Europa, esclareceu, como no texto que a seguir passamos para nosso idioma:

" - IMMUNITAS ou exoneração do MUNUS particular - tornou-se a expressão para designar a exoneração genérica e se perpetuou em nossa categoria moderna IMUNIDADE.

...acrescente-se, na época moderna, as exonerações em favor das instituições de caridade, científicas ou de educação, etc., como imunidades que repousam sobre o princípio que considera que elas prestam ou preenchem uma função quase-pública, de modo que essas instituições não poderiam além dos serviços prestados ainda serem obrigadas a contribuir suplementarmente com impostos para as receitas públicas (Edwin R. A. Seligman, *L'Impôt sur le Revenu*, trad. francesa de W. Qualid, ed. Giard & Brière, Paris, 1913, pães. 27/28).

Na verdade e em razão da própria natureza das coisas essas situações realizadas por tais entidades, não têm qualquer conteúdo ou resultado econômico para serem tributadas, ou como se diz na técnica da tributação, não existe física nem legalmente qualquer base de cálculo que é a expressão econômica ou de grandeza do próprio cerne do fato gerador de imposto (vide art. 97, item IV do CTN).

É mesmo um princípio universal de justiça social em matéria de tributação a consideração econômica (Die Wirtschaftliche Betrachtungsweise), pela qual somente podem e devem ser escolhidas pelo legislador como assento ou base de cálculo do imposto, as relações fáticas de expressão ou conteúdo econômico e potencialidade contributiva.

Neste sentido, este princípio que continua universalmente como pressuposto da tributação, está previsto até em texto programático no art. 53 da Constituição da Itália e neste sentido figurou mesmo no art. 202 da Constituição do Brasil de 1946, o que era desnecessário por ser, como continua sendo, um pressuposto fático, pois a sabedoria dos provérbios, desde a aparição do Estado-Fisco já proclamou o que deriva da natureza das coisas:

*"onde nada existe, até o imperador  
perdeu o seu direito ao imposto"  
(Wo nichts ist, hat selbst der  
Kaiser sein Recht verloren).*

VII - Além da inexistência do pressuposto fático e básico da "capacidade contributiva" para a instituição do imposto; além do princípio fundamental da "conside-

ração econômica na interpretação e aplicação das leis tributárias"(1), é expressiva a doutrina francesa quando ressalta tal situação que o direito constitucional brasileiro protege com a IMUNIDADE, como sendo a inimponível, isto é, aquela que não tem conteúdo econômico-financeiro e não comporta nem pode suportar a incidência de imposto.

Por isso, do ponto de vista da imposição não pode ser "fait g n rateur d'imp t". Não tendo conteúdo econômico   "situation en blanche". Por sua própria natureza não   nem pode ser  ndice de capacidade econômico-contributiva. Se cabe ao legislador ordinário da lei tributária escolher as situa es que comprovem tributa o, ao deparar com situa es vazias de conteúdo imponível, não pode forçar a natureza das coisas e contra o conteúdo econômico forjar incidência de impostos sobre situa es em branco. Fatalmente tal formalismo jurídico conduziria, como no caso do art.6  e    ao mais escancarado CONFISCO e   mais grosseira INCONSTITUCIONALI-

(1) Vide o trabalho do Ministro da Suprema Corte Fiscal da República Federal da Alemanha, Prof. Heinrich Beisse, publicado na famosa revista Economia e Imposto (Steuer und Wirtschaft, 1/1981, págs.1 a 14) sob o título "Die Wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung der Steuergesetze in der neuren deutschen Rechtsprechung", em que S.Exa. se refere aos estudos realizados no Brasil, e que tiveram repercussão no Japão (vide também revista Tax Jurisprudence n. 365, Maio de 1981, editada em Kyoto).



DADE e afronta ao CTN, como mais fundamentada e pormenorizadamente veremos nas respostas aos quesitos.

#### PRIMEIRO QUESITO

*Se a Constituição Federal no art.19, III, c definiu, institucionalizou e conceituou como IMUNIDADE, e pela forma de vedação de competência do legislador ordinário para a instituição de imposto sobre a renda das entidades de assistência social, pode um decreto-lei, como lei tributária, alterar a definição, o conceito e o alcance constitucionais do instituto da IMUNIDADE para o de simples ISENÇÃO, precisamente para romper e fraudar essa definição ou limitação da competência tributária ?*

#### RESPOSTA

AS DISPOSIÇÕES TÓPICO-HIERÁRQUICAS, IMUNITÓRIAS E PROIBITIVAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DISPOSITIVOS NECESSÁRIOS E SUFICIENTES DO CTN COMO LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR DE APLICAÇÃO DIRETA DA CONSTITUIÇÃO, EXCLUEM A COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR ORDINÁRIO.

VIII - Do ponto de vista

formal da hierarquia vertical das leis do ponto de vista material do conteúdo da estatuição do art. 19, III, c da Constituição Federal, já complementado pelo art. 14 DO CTN, como lei de aplicação do texto constitucional, não cabe a nenhuma lei tributária ordinária sequer dispor e muito menos alterar o que a Constituição e o Código já dispuseram sobre esta IMUNIDADE.

Ao contrário, sobre essa matéria de instituição de imposto não só estão absolutamente excluídos o poder e a competência do legislador ordinário, mas expressa e literalmente proibido ao legislativo ordinário invadir essa competência privativa do Constituinte e do Legislador Complementar, cujos poder e competência privativos já foram plenamente exercidos e preenchidos pelas disposições exaurientes e aparelhadas, não podendo a lei tributária ordinária invadir esses poderes e competências privativos, senão vejamos.

IX - Delimitando a competência do legislador tributário ordinário, mesmo em relação aos institutos do direito privado adotados pela Constituição, precisamente para impedir esse tipo de fraude à competência por parte do legislador fiscal ordinário, esta

tui o CTN:

Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Ora, com muito mais gravidade e ofensa escancarada à vedação do art. 19, III, c da Constituição Federal, o Decreto-lei nº 2065/83, em seu art. 6º e §§ 1º e 2º altera o instituto, o conceito e a forma da IMUNIDADE para os da ISENÇÃO.

X - Se a Constituição, especificamente para vedar e impedir o próprio exercício do poder e da competência do legislador ordinário, para instituir imposto, definiu no citado art. 19 a IMUNIDADE, seu conteúdo e alcance como instituto, precisamente para definir e limitar essa competência, é inconcusso que não pode o legislador ordinário alterar

essa IMUNIDADE para ISENÇÃO, para o efeito de romper e fraudar essa limitação, ou melhor, essa VEDAÇÃO de competência.

Logo, sem sombra de dúvida, o art. 6º e §§ 1º e 2º do Decreto-lei nº 2065/83 são dispositivos natimortos, írritos em razão da máxima nulidade que é tal aberrante e afrontosa inconstitucionalidade.

Com efeito.

XI - Dispõe peremptoriamente a Constituição Federal:

Art.19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - instituir imposto sobre:

c) o patrimônio, a renda ou os serviços...de instituições...de assistência social, observados os requisitos da lei;

Qual a natureza e eficácia dessas normas constitucionais ?

É hoje um truismo que as normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia, se classificam em normas de eficácia plena, contida e limitada (2).

XII - Quanto à eficácia, o art. 19, item III e letra c da Constituição são normas de eficácia contida, enquanto exigem expressamente a sua complementação por meio de especificação dos "requisitos" em lei complementar.

Esta lei referida pela letra c, como expressamente requer a sua complementação e como todos os constitucionalistas esclarecem, é a lei complementar, porque completa o aparelhamento ou requisitos para a aplicação direta do conteúdo já expresso no texto da Constituição. Complementado no caso o preceito, o dispositivo constitucional que era de eficácia contida, passou à aplicação plena e não admite lei ordinária, pois o dispositivo vedando o poder e a competência do legislador

---

(2) Vide a já clássica obra do Prof. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2a. edição R.T., São Paulo, 1982, respectivamente capítulos II, III e IV do Título II.

ordinário para instituir imposto sobre o patrimônio, a renda e os serviços das entidades de assistência social, previamente estatuiu, do ponto de vista do exercício do poder legislativo ordinário, uma "não competência" e, do ponto de vista da proteção dos jurisdicionados ou cidadãos-contribuintes, uma "não incidência constitucionalmente qualificada" ou proibição da incidência de imposto, ou seja, da própria instituição de imposto.

XIII - Qualquer lei ordinária ou decreto-lei alterando essa matéria não constitui somente invasão de poder e de competência privativos do Constituinte e do Legislador complementar, mas desobediência à vedação ou proibição imperativa da Constituição.

Neste sentido o art. 6º e §§ 1º e 2º do Decreto-lei nº 2065/83 são absolutamente inconstitucionais, disposições nulas ou írritas, porque o art. 19, III, c da Constituição e o art. 14 do CTN já preencheram tanto a "hipótese de não incidência" como a previsão exhaustiva dos requisitos que devam ocorrer "in concreto". O que é mais relevante para afastar ou excluir a lei ordinária, é a natureza das disposições do art.14 do CTN que é lei comple-

mentar de aplicação direta e plena do .  
titucional, que não requer outra norma. L  
mentar que exclui qualquer superveniência  
lei ordinária ou norma inferior, senão vejamos.

#### A LEI COMPLEMENTAR DE APLICAÇÃO DIRETA E EXAURIENTE DA IMUNIDADE CONSTITUCIONAL

XIV - São unânimes os au-  
tores que estudaram a natureza das leis comple-  
mentares no sistema constitucional brasileiro,  
que umas apenas fundamentam a validade de atos  
normativos a serem expedidos (leis ordinárias,  
decretos legislativos e convênios) e outras -  
como é protótipo a requerida "in fine" na le-  
tra c, III do art.19 da Constituição - são leis  
complementares requisitadas pela Constituição  
para a aplicação direta do próprio conteúdo  
constitucional e não admitem ou excluem a in-  
terferência de lei ordinária e demais atos nor-  
mativos inferiores (3).

---

(3) Cfr. Lei Complementar Tributária, José Souto Maior  
Borges, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo,  
1975, 1º grupo, pág.84; 2º grupo, pág.88. José Afon-  
so da Silva, ob. cit., pág.232 e 221 onde expressa-  
mente ressalta que não só o art.18 § 1º da Consti-  
tuição é norma constitucional que exige a lei com-  
plementar de aplicação (que é o CTN), mas também  
que se inclui nesta categoria de norma constitu-  
cional que exige lei complementar de aplicação, a le-  
tra c, III, art. 19, nestes termos: "INCLUI-SE a lei  
referida no art.19, III, c" (pág. 221 nº V).

A lei de complementação da vedação e conteúdo do art.19, III, c da Constituição é o CTN, que como legislação complementar que é (nos termos do § 1º do art.18 da Constituição) já especificou os "requisitos" e deu aplicabilidade direta e eficácia plena "in concreto" ao conteúdo da Constituição, e excluiu desse campo qualquer invasão de competência da legislação ordinária, pois assim já exerceu essa competência privativa, exaurientemente, nestes termos:

Art.14 - O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

- I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;
- II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros



revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

- § 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.
- § 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Portanto, sem sombra de dúvida, o art. 6º § 1º e § 2º citados são flagrantemente inconstitucionais.

#### SEGUNDO QUESITO

No caso de resposta positiva ao quesito anterior, as disposições do "caput" do art. 6º, § 1º e 2º do Decreto-lei nº 2065, de 26.10.83 que pretendem alterar a definição, e

conteúdo e o alcance do instituto constitucional da IMUNIDADE, já conceituado pela forma de vedação da competência ordinária, transformando-o em ISENÇÃO (art. 6º, caput) e instituindo imposto sobre a renda de tais entidades (§ 1º) e finalmente mandando exigí-lo na fonte sem direito a restituição (§ 2º), não configuram flagrante inconstitucionalidade e CONFISCO de renda de tais instituições IMUNES ?

#### RESPOSTA

ALÉM DE FORMALMENTE INCONSTITUCIONAIS, AS DISPOSIÇÕES DO CITADO ART. 6º E §§ 1º E 2º CONFIGURAM MATERIALMENTE CONFISCO DA PARCELA BÁSICA DO CUSTEIO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS.

XV - Henry Tilbery, que se tem notabilizado em nosso País como expert e mais atualizado dos comentaristas do Imposto sobre a Renda, ao se deparar com o texto do malfadado art. 6º e §§ desse Decreto-lei, com verdadeira surpresa ressaltou não sã tais inconstitucionalidades, mas apontou o desfalque no

sistema da assistência previdenciária privada, pois as rendas de investimentos constituem a parcela básica do custeio dos planos de benefícios dessas entidades.

Se o Governo Federal não tem sequer podido contribuir em dia com sua parcela para a Assistência Previdenciária Oficial, como pode, inconstitucionalmente, vir a CONFISCAR da Previdência Privada parte substancial das contribuições dos empregados e empregadores, destinadas ao custeio dos benefícios ?

XVI - Eis o comentário publicado logo em 1983, em 1a. edição e já agora em 2a., pelo citado Autor, que é Jurista, Economista, Administrador, Contabilista e Diretor-Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Tributário:

*"As entidades de previdência privada referidas nos dispositivos da Lei nº 6435/77 citadas no caput do artigo 6º ora comentado são as entidades fechadas e sem fins lucrativos, sendo que a Lei define como fechadas aquelas acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas."*

O artigo 6º confirma a isenção do imposto da pessoa jurídica, isto é do imposto que incide sobre o lucro auferido pela pessoa jurídica. Na realidade a IMUNIDADE foi substituída por ISENÇÃO !

Conforme princípio geral os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, quando percebidos por pessoa jurídica imune ou isenta do imposto de renda, deveriam ser dispensados do imposto incidente na fonte (Decreto-lei nº 1790/80 art. 2º, § 1º).

Todavia o dispositivo legal ora comentado estabelece, expressamente, a inovação, que a isenção não se aplica ao imposto na fonte sobre esses rendimentos de capital quando recebidos pelas referidas entidades. Pelo contrário, o desconto na fonte sobre esses rendimentos, é considerado incidência única na fonte, não gerando o direito a restituição !

O artigo 19 I da Constituição veda à União instituir tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os ca-

dos previstos nesta Constituição, entre outros, conforme inciso III, letra "c", sobre a renda de instituições de assistência social.

A Lei nº 6435/77 no seu artigo 39, § 3º, considera as entidades fechadas como sendo instituições de assistência social para fins do princípio constitucional retro-referido, seguido fielmente pelo artigo 127 R.I.R.

Portanto surge o aspecto da inconstitucionalidade da incidência única na fonte do imposto de renda sobre os rendimentos de capital recebidos pelas entidades fechadas de previdência privada, ônus tributário esse introduzido pelo artigo 6º.

O artigo 6º do Decreto-lei no seu § 3º procurou afastar este problema jurídico simplesmente revogando o § 3º do artigo 39 da LEI referida.

Apenas apontamos de passagem o aspecto da juridicidade duvidosa desta modificação, sem entrarmos em exame mais profundo do assunto, face à finalidade meramente prática deste Comentário. (Veja a distinção entre

## IMUNIDADE e ISENÇÃO).

Para as entidades atingidas por este ônus tributário o problema fica agravado pelo fato de esta norma ter efeito imediato.

Apenas acrescentamos do ponto de vista econômico, que as rendas de investimento constituem a parcela básica do custeio dos planos de benefício dessas entidades. Consequentemente uma vez que este componente do custeio doravante ficará reduzido pela tributação, será enfraquecida a previdência privada fechada que tem uma função muito importante de complementação da previdência social oficial.

As palavras do § 3º do artigo 6º, que descaracterizam a função de assistência social destas entidades, data vênua, não fazem jus aos méritos reais dessas instituições.

Em tempo: Quando este Comentário já estava no prelo, foi baixado o Ato Declaratório Normativo nº 25 de 07.11.83 que determinou que o desconto deve ser efetivado em rela-

ção aos rendimentos de capital que forem pagos ou creditados a partir de 1º de janeiro de 1984.

(Comentário ao Decreto-lei nº 2065, co-edição IBDT/Resenha Tributária, 2a. edição, S.Paulo, 1984, págs.25 a 28).

### TERCEIRO QUESITO

O simples fato de o § 3º do Decreto-lei nº 2065/83 ter revogado o § 3º da Lei nº 6435/77 que declarava que "as entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social; para os efeitos da letra "c" do item II do art. 19 da Constituição" implicaria na supressão da IMUNIDADE constitucional a essas entidades de assistência social ?

### RESPOSTA

XVII - Não, a IMUNIDADE é categoria constitucional.

Não cabe, como já vimos, a lei ordinária tributária, dispor sobre a IMUNIDADE, cujo conteúdo não pode ser alterado

pela lei tributária ordinária.

A única explicação plausível para o texto do § 3º da Lei nº 6435/77 que declarava que "as entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra "c" do item II do art. 19 da Constituição" era a sua natureza didática, dirigida aos funcionários fiscais e revelando que esse entendimento era, como continua sendo o universal, senão vejamos.

AS ENTIDADES PRIVADAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL PREVIDENCIÁRIA, EXERCENDO ATIVIDADE QUASE-PÚBLICA OU AUXILIAR DO ESTADO, UNIVERSALMENTE SÃO LIVRES DE IMPOSTOS NO INTERESSE PRIORITÁRIO DA PAZ SOCIAL.

XVIII - Quem quer que examine, especialmente o campo específico dos "impostos" e acentuadamente o do "imposto sobre a renda", pode constatar, como já vimos, que os rendimentos de tais entidades, por serem destinados ao custeio dos planos de benefícios são excluídos dos impostos e, em muitos países, não são merecedores de incentivos fiscais, mas de diversificados auxílios. Dada a natureza de parecer que necessita ser sintético, não citare-



mos muitos exemplos, mas advertimos que essa prática é universal.

1. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA - Dada a elevada elaboração germânica no campo do Direito Tributário (cfr. demonstração do Prof. americano Haig, no verbete TAXATION, in Encyclopaedia of Social Sciences: "Germany possesses the most highly developed and well rounded system of all" vol. XIV, 1948, pág. 540) e, precisamente para que tais entidades prestem o máximo de benefícios aos seus assistidos, no interesse da paz social, a legislação do Imposto de Renda (§ 6 da KStG, 1977), através da extrafiscalidade (Ordnung Steuern) impede o entesouramento, isto é, que tais entidades somente pagarão imposto de renda se, ao fim de cada exercício, tiverem superavit acima de 25%. Com isto, tais entidades aplicam o máximo possível de seus rendimentos em suas finalidades e não ficam sujeitas ao imposto de renda. Ainda a mesma atual Lei do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (Körperschaftsteuergesetz, 1977, no § 59 (1)3.) estatui expressamente a exclusão do imposto, para tais entidades (Von der Körperschaftsteuer sind befreit). Ora, se no Brasil a Constituição estatui a IMUNIDADE, não pode a lei ordiná

ria criar e exigir, direta ou indiretamente, nenhum imposto sobre o rendimento de tais entidades, isto é, exigindo-lhes diretamente ou mediante retenção na fonte.

Em sua notável obra mais genérica, sob o título *Sécurité Sociale* (Presses Universitaires de France, 5a. edição, Paris), à pág. 731, Jacques Doublet, que não é um especialista em tributação, ressalta o já citado regime tributário germânico, de incentivo, acenando:

*"Le régime fiscal permet dans la République fédérale d'Allemagne aux entreprises de bénéficier pour leur investissements des ressources destinées au financement des régimes de retraite, là où les ressources figurent au bilan des entreprises, là où les fonds demeurent dans l'entreprise, encore que les obligations soient contractées.*

*On peut aussi noter depuis quelques années une extension du Système par branche professionnelle ou par convention collective.*

*Il importe également de souligner*

*l'importance de l'assurance privée en matière de maladie" (grifos da transcrição).*

2. SUÉCIA - Conforme se vê do volume Taxation in Sweden, da World Tax Series do International Program in Taxation da Harvard Law School, nº 5/5.6, tais entidades organizadas pelas empresas particulares para assistir a seus empregados "are exempt from national income tax or incomes of every category (SI § 7, e)".

3. EE.UU. - Conforme se vê da mesma série, no volume Taxation in the United States, n.5/5.1 b, que trata das pensões para os empregados e planos de benefícios, à pág. 356:

*"In general, a pension or profit-sharing plan will qualify under section 401, with the consequent exemption from tax, if the requirements listed below are satisfied."*

4. INGLATERRA - No volume Taxation in the United Kingdom, da mesma série, nº 5/5.4, além de vários outros incentivos, estão especificamente excluídos do imposto de

renda os rendimentos de capital (dividendos, juros, etc. ou depósitos) de tais entidades:

*"A pension fund (superannuation fund) which has been approved by the Commissioners of Inland Revenue, is exempt from income tax in respect of income derived from investment or deposits (§ 379)."*

5. MÉXICO - No volume *Taxation in México* da mesma coleção, pág. 114:

*5/7.1 Types of Exempt Entities*

*The following organizations are exempt from income tax (ITL art.18):*

*J. Mutual insurance companies.*

Ainda à pág. 185, veja-se a exclusão do imposto em relação aos benefícios da seguridade social:

*8/1.8 Exempt Income and Nontaxable Income*

*10. All Social Security and other social benefits not covered by other provisions.*

QUARTO QUESITO

Se a *IMUNIDADE* constitucional esta-

tuida pela Constituição e complementada pelo CTN permanece, qual a medida judicial mais adequada para impedir que o fisco federal não obri-  
gue as fontes a reterem e recolherem o imposto de renda sobre dividendos, juros e demais rendimentos de capital recebidos por esta instituição de assistência social ?

#### RESPOSTA

XIX - A medida judicial cabível e recomendável no caso, como a mais rápida e adequada, é o mandado de segurança repressivo, nos termos do art. 153 § 21 da Constituição Federal, da Lei nº 1533/51 e suas alterações. Neste sentido, especificamente em caso relativo à assistencial previdenciária privada e fechada já existe pronunciamento da Justiça Federal.

Com efeito.

MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO LIMINARMENTE E JÁ FUNDAMENTADO NO MÉRITO

XX - No mesmo sentido res

saltado pelo atualizado e ilustrado especialista Doutor Henry Tilbery, a Gazeta Mercantil, em sua edição simultânea de São Paulo, Rio, Brasília, Porto Alegre e Salvador, do dia 24.04.84 noticia, na primeira página, a concessão de Mandado de Segurança pela Justiça Federal, da qual destacamos para o caso da Consulente:

*"O Instituto Aerus de Seguridade Social, constituído sob a forma de sociedade civil pelas patrocinadoras institucionais - Varig, Cruzeiro e Transbrasil -, tem por objetivo, diz a petição, "suplementar as prestações asseguradas pela Previdência Social aos grupos familiares dos empregados."*

*No despacho, diz o juiz Jorge Octávio de Castro Miguez Figueiredo que o Instituto Aerus está imune à tributação. "A impetrante é entidade fechada de previdência social privada, por isso que, considerados os termos do artigo 1º de seus estatutos, é de ser incluída no grande gênero das instituições de assistência social. Ora, em assim sendo, não há como recusar-lhe a imunidade, e não a isenção."*

*Ó juiz federal prossegue: "É que, dado o grande volume de dinheiro carregado aos cofres públicos, pela incidência do imposto em questão, fatalmente ocorrerá desfalque financeiro na disponibilidade da suplicante, podendo comprometer seus objetivos sociais". Ó juiz concedeu a liminar pelo prazo de sessenta dias, com o que cessa a retenção na fonte do Imposto de Renda.*

Por todo o exposto, reafirmamos que as disposições do art. 6º § 1º e § 2º do Decreto-lei nº 2065/83 são supinamente inconstitucionais e a disposição do § 3º do mesmo artigo, do ponto de vista jurídico, absolutamente inócua.

Este é o nosso parecer,

s.m.j.